

# ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL (\*)

PROFESSOR MIGUEL REALE

## APRESENTAÇÃO

O SR. PEREIRA LIRA (*Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal*):

*“O Magnífico Reitor Miguel Reale incumbiu-se da coordenação da Comissão de Alto Nível encarregada da codificação do Direito Privado.*

*Acaba o Mestre de entregar o seu trabalho de coordenação ao Sr. Ministro da Justiça. Convidamo-lo a dar as linhas mestras do anteprojeto, expondo-as aos membros do Instituto dos Advogados e ainda aos advogados em geral, aos professores de Direito, aos universitários e aos interessados nos problemas da legislação civil e comercial; — em suma, ao militante da profissão jurídica em todas as suas áreas de atividade, de pesquisa e de doutrina.*

*Ao fim desse encontro intelectual — início de atividades simposiais, que esperamos amiudadas e freqüentes — estaremos todos gratificados com a excelência da oportunidade de conferirmos e corrigirmos as nossas idéias com as do Mestre que é, sem dúvida, autoridade máxima na criação e no desenvolvimento do clímax construtivo do Direito Positivo e da Jusfilosofia.*

---

(\*) Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (Reconstituída segundo notas taquigráficas), no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972.

*Valemo-nos deste ensejo para anunciar, a todos, que os órgãos locais representativos da advocacia, que são três, contam com a simpatia coadjuvante dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com a Universidade de Brasília (UnB), pela sua Reitoria e pelo seu Departamento de Direito —, para uma série, em termos de realização periódica, de subsídios e de cursos de extensão.*

*A Fundação Cultural não está aqui presente por muitas de suas grandes figuras porque há outras três promoções culturais na cidade e na mesma hora. Mas, aqui também a represento, ao lado do Instituto dos Advogados.*

*A Fundação Cultural já começa, na assentada de hoje, a dar-nos teto e assistência. A todos, pois, muito obrigado por terem vindo. Os nossos agradecimentos a todos, desde já, para não ter que falar no fim da noite; a todos, desde já, os nossos agradecimentos, para não vir a empanar o epílogo desta noite que se apresenta, já, tão gloriosa e iluminada. Ao Mestre, a cátedra!*

#### INTRODUÇÃO

O SR. MIGUEL REALE — Sr. Presidente do Congresso Nacional, Sr. Presidente do Instituto dos Advogados, Magnífico Reitor da Universidade de Brasília, ilustre Procurador-Geral da República, Exmos. Srs. Senadores e Deputados, Representantes do povo aqui presentes, ilustres Mestres e Professores, digníssimas senhoras e meus senhores, meus caros amigos, estudantes da Universidade de Brasília e de outros Institutos Superiores desta cidade, desta nossa grande Capital.

Sejam as minhas primeiras palavras de agradecimentos ao ilustre Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, por ter-me convidado para proferir esta conferência sobre o Anteprojeto de Código Civil que acaba de ser entregue a S. Ex<sup>ª</sup> o Sr. Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid.

Muito grato, também, pelas palavras tão generosas que proferiu a meu respeito, devendo ponderar, desde logo, ao meu prezadíssimo amigo Pereira Lira, que não venho com a pretensão de dar lições, de falar “ex cathedra”, mas, ao contrário, com o desejo de expor e debater idéias que não são apenas minhas, mas de uma Comissão da qual fazem parte juristas ilustres deste País.

Tratando-se de um trabalho de equipe, sinto-me à vontade para fazer referência à obra e dizer que nos sentimos tranquilos por aquilo que nos foi dado realizar. Não foi um trabalho de afogadilho mas, ao contrário, o resultado de três anos de pesquisa, de análise renovada, podendo afirmar, a esta altura, que o método de trabalho adotado permitiu-nos atingir os objetivos visados.

Pode parecer, à primeira vista, que haveria dificuldade em se realizar um trabalho sintético, como deve ser um Código Civil, conferindo-se a elaboração de cada uma de suas partes a um jurista. Mas, antes de mais nada, houve o cuidado na escolha daqueles que iam compor a Comissão, pela afinidade espiritual e pela adoção de pressupostos doutrinários e metodológicos comuns,

a fim de que as contribuições dos elaboradores pudessem dar lugar à unidade sistemática final.

Sabem todos que essa Comissão surgiu, em 1969, para atender a uma idéia que foi ganhando corpo na consciência jurídica brasileira, no sentido de não se abandonar a estrutura do Código Civil atual, evitando-se desmembrá-lo em dois códigos distintos. Prevaleceu, felizmente, a idéia de que nada justifica a feitura autônoma de um Código das Obrigações, só pelo fato de não haver mais razão para se distinguirem as obrigações civis das mercantis, inclusive no tocante à disciplina da atividade negocial em geral, e empresarial, em particular. Desse modo, a primeira diretriz assente foi relativamente à unificação do Direito Obrigacional no âmbito do próprio Código Civil, mantida a Parte Geral.

A unificação do Direito Privado não pode ter caráter absoluto, de tal modo que num mesmo Código se disciplinem todos os aspectos da vida civil e empresarial. Como se verá, a orientação da Comissão pautou-se segundo o exemplo do maior de nossos juriconsultos, Teixeira de Freitas. O mestre de todos os juristas brasileiros abriu, genialmente, caminho inédito para a jurisprudência mundial ao estabelecer, como condição básica de toda a codificação do Direito Privado, uma parte fundamental, com a unificação do Direito Obrigacional. Antecipava-se, assim, ao movimento que, muito mais tarde, os mestres alemães e italianos haveriam de promover sob a denominação genérica, e não muito adequada, de “unificação do Direito Privado”.

Como se verá, não nos deixamos levar pelo propósito da unificação global do Direito Privado, num Código único. Visamos antes destiná-lo à matéria efetivamente suscetível de normas gerais ou comuns, tal como se dá no campo do Direito das Obrigações, remetendo para a legislação aditiva a normação das atividades de ordem privada onde prevaleçam aspectos especiais, ou ainda sujeitas a mudanças imprevistas. Pode-se dizer, em resumo, que o Código Civil projetado é o Código Fundamental do Direito Privado, o que explica a sua denominação, que se prende às raízes históricas da mais pura tradição romanística.

O nosso Código Civil de 1916, obra de extraordinária lucidez normativa do mestre Clóvis Bevilacqua, que já tem mais de cinquenta anos de vigência, não obedeceu à linha traçada por Teixeira de Freitas mas, a meu ver, não obedeceu porque o tempo ainda não estava maduro para fazê-lo. Estamos hoje, ao contrário, como demonstra, aliás, a experiência da unificação feita na Itália, em condição mais propícia à unificação da parte fundamental do Direito Privado, obedecendo às diretrizes evolutivas da doutrina e da jurisprudência pátrias.

### O ESPÍRITO DO ANTEPROJETO

Antes de focalizar alguns pontos básicos da reforma proposta, desejo responder a uma pergunta que, desde logo, terá surgido no espírito dos que me dão a honra de sua atenção. Será esta, porventura, uma época propícia à codificação?

No tumulto dos dias que correm, com uma sociedade em transmutação, quando ainda são incertos os horizontes políticos e sociais, será esta a época

mais própria e adequada para tocar-se na legislação que diz respeito ao homem comum, ao homem em toda sua dimensão existencial, antes mesmo de nascer e depois de morrer?

Tal pergunta surge sempre quando se cuida de codificar. Foi a pergunta que Savigny fez, no século passado, dando lugar à famosa polêmica com Thibaut, a respeito da oportunidade de elaborar-se um Código único para toda a Nação alemã. No fundo, quem pôs a questão nos seus devidos termos foi Hegel, ao dizer que nada é mais conforme à dignidade de um povo do que a obra codificadora, desde que realizada com senso histórico concreto, graças ao qual se espelhem objetivamente as formas de querer da nacionalidade e se preservem as fontes de sua continuidade cultural. Toda época é época de codificação, quando se tem consciência de seus valores históricos.

Para tanto é preciso, desde logo, corrigir-se a tendência de ligar-se o conceito de "Código" à idéia de uma lei destinada a varar séculos ou milênios. É preciso, com efeito, termos presentes a densidade e a aceleração próprias ao "tempo", na era da eletricidade e da automação. Basta lembrar que a humanidade, nestes últimos cinquenta anos, em virtude da revolução tecnológica, realizou conquistas materiais que, em volume e qualidade, superam todas as previsões.

No âmbito dessa compreensão histórica, como seria possível pensar num código como um sistema rígido e cristalizado de regras, destinado a durar séculos? O importante é ter consciência do futuro, sem nos preocuparmos com o futuro curto ou longo que possa ter a obra realizada. É essa consciência do presente, em função do futuro previsível, que deve nortear o homem com a responsabilidade de legislar. Isto foi dito por Clóvis Bevilacqua. Situou ele, a meu ver, com felicidade, a posição de todo codificador, e que é, por sinal, posição de todo o Direito, posto sob o impacto de duas forças: uma que a prende ao passado, à raiz das tradições mais vivas, e uma outra que se projeta para o futuro, a desvendar aquilo que deverá ser o produto do trabalho, no decorrer do tempo. Colocar-se na convergência dessas forças é o dever do jurista e, sobretudo, do legislador.

Talvez estejamos hoje em condições melhores do que a do mestre Clóvis, para realizar uma obra superadora de vivos antagonismos. Quando o jurista cearense elaborou o seu monumental Projeto de Código Civil, estava, talvez sem o perceber, no crepúsculo de uma civilização e de uma cultura. É a razão pela qual deu-nos ele um Código de cunho marcadamente individualista, sob a influência, outrossim, de uma mentalidade patriarcal, própria de uma sociedade ainda na fase pré-industrial. Daí ser ele dominado por alguns princípios, como o da autonomia da vontade, entendida como fonte soberana dos laços obrigacionais; a posição dominante do pai e do esposo na estrutura da sociedade familiar; o direito de propriedade sem subordinação aos ditames do bem coletivo; a não consideração do trabalho como fator decisivo nas relações civis; ou o absoluto poder de testar.

Tudo isso revelava, sem dúvida alguma, uma tomada de posição, uma atitude, que era a atitude conforme o espírito do tempo. Um Código não pode

deixar de ser a imagem da comunidade a que se destina e, ao mesmo tempo, deve ser a antecipação da imagem que está sendo fabricada através do trabalho, das expectativas, das esperanças e das desilusões da coletividade.

Pois bem. Apesar de naturais perplexidades, hoje já sabemos algo mais a respeito da sociedade do futuro; já sabemos que pelo menos nos cabe conceber *uma convivência social que não se incline apenas no sentido do indivíduo isolado, nem se aniquile como um todo massificado.*

Temos a convicção de que, apesar de muitos conflitos que parecem irremediáveis, as forças sociais, a pouco e pouco, irão se compondo rumo a uma grande síntese, na qual os valores dos indivíduos como tais não vão prevalecer sobre os da sociedade, mas também o valor da coletividade não será a força esmagadora dos valores intocáveis da subjectividade. Estamos sentindo, em suma, *que a solução social de nossa era será no sentido de uma complementariedade de valores, na qual a subjectividade se espelhe no social e o social encontre na subjectividade a raiz fundante de suas manifestações.*

Ora, esta foi, sem dúvida, a tomada de posição daqueles que recebemos com tanta humildade e, ao mesmo tempo, com tanto zelo científico, a incumbência de elaborar um projeto de Código Civil, que não fosse individualista, nem coletivista; que atendesse, em harmonia congruente, àquilo que toca ao indivíduo e aos grupos naturais, assim como ao que compete à coletividade como um todo.

Vou procurar demonstrar, através de alguns exemplos, que foi esse o espírito que presidiu à feitura do Anteprojeto, obra comum de seis juristas, cujos nomes vou lembrar, porque ela é tanto deles como de quem vos fala. Em primeiro lugar, ao Professor José Carlos Moreira Alves, que nos dá a honra de sua presença, como Procurador-Geral da República, coube a tarefa que mais me atrai, como cultor de Filosofia do Direito, a da elaboração da Parte Geral do Código, onde se estabelecem os pressupostos, os fundamentos que fixam os parâmetros de toda a estrutura normativa; o Direito das Obrigações ficou a cargo de um Jurista de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica, Agostinho Neves de Arruda Alvim, mestre conhecido por muitas obras especializadas, nesse ramo da Civilística; o Direito de Empresa, que preferimos chamar, sem temor de neologismo, de "Atividade Negocial", foi confiado ao ilustre Professor Silvio Marcondes, que já integrara a Comissão presidida pelo ilustre jurista Caio Mário da Silva Pereira; a parte relativa ao Direito das Coisas ficou aos cuidados do eminente Jurista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, Professor Erbert Viana Chamoun; a parte relativa ao Direito de Família foi confiada a um dos mais jovens e eminentes civilistas deste País, que é o Professor Clovis do Couto e Silva, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e, finalmente, o Direito das Sucessões foi entregue à capacidade criadora do Professor Torquato Castro, da Universidade Federal de Pernambuco.

Estão vendo, portanto, pela composição mesma da Comissão, que se procurou corresponder ao grande cenário cultural brasileiro. Tanto é assim que a

Comissão, desde logo, estabeleceu alguns pontos que me parecem fundamentais e que desejo salientar no início desta palestra.

### DIRETRIZES METODOLÓGICAS

Em primeiro lugar, a Comissão entendeu que deveria, como não podia deixar de acontecer, em se tratando de um trabalho científico, tirar todo proveito das valiosíssimas contribuições representadas pelos projetos anteriores, adotando muitas delas, apesar da alteração operada na ordenação sistemática da matéria. Refiro-me ao Projeto de Código Civil, de Orlando Gomes; ao Projeto de Código das Obrigações, de Caio Mário da Silva Pereira e demais colaboradores, e, também, ao Projeto de autoria de três grandes mestres, Orozimbo Nonato, Hanneman Guimarães e Filadélfo de Azevedo.

Não menor atenção se dispensou aos estudos e às críticas suscitados por esses trabalhos, bem como aos resultados de congressos e simpósios que, nesse ínterim, se realizaram, promovidos por entidades culturais ou representativas de classes.

A Comissão teve o prazer e a honra de receber projetos parciais e sugestões de toda natureza, de diversas instituições jurídicas e empresárias do Brasil, como o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, o Instituto dos Advogados de São Paulo, as Federações do Comércio e da Indústria de São Paulo e do Rio de Janeiro, a Associação dos Magistrados da Guanabara, de Faculdades de Direito, de grandes juristas e de advogados militantes. Nem faltaram sugestões do homem comum, apresentando à Comissão os seus problemas e as suas apreensões. Tais sugestões mereceram tanta atenção quanto as endereçadas por juristas eméritos, porque nós estávamos, e estamos, cuidando daquilo que costume denominar a "Constituição do homem comum", que é mais importante que a outra, como o demonstra, aliás, a mobilidade dos Estatutos políticos e a relativa estabilidade da "ordenação civil", em todas as culturas jurídicas do Mundo.

Lembro esses fatos para demonstrar que tivemos em vista atender, antes de mais nada, aos ditames da experiência brasileira, muito embora sem olvidar as lições de Direito universal. A elaboração de um Código não pode, nem deve, ser a consolidação das normas vigentes, nem a compilação de preceitos hauridos em modelos alienígenas, ainda que intimamente vinculados ao nosso ciclo de cultura.

É a razão pela qual fácil será perceber quanto a doutrina e a jurisprudência nacionais, graças a mais de meio século de exegese e aplicação do Código atual, influíram nas opções da Comissão Elaboradora e Revisora, desde conhecidos Tratados e monografias até aos acordãos de nossos Tribunais, sem falar na Súmula do Supremo Tribunal Federal, que não apenas firma diretrizes como torna mais visíveis lacunas e insuficiências do ordenamento vigente.

Peço vênica para lembrar aqui algumas outras diretrizes que compendiei no ofício que acompanha o texto do Anteprojeto.

Note-se que não tivemos a preocupação de alterar o texto do Código atual apenas pelo desejo ou a vaidade de fazê-lo. Centenas e centenas de seus

artigos permanecem intactos, e por várias razões, sobretudo por esta: nossa Lei civil condiciona um manancial de cultura jurídica e doutrinária, fruto do trabalho criador de nossos juizes e juriconsultos, consubstanciado em julgados e obras do mais alto valor. Mudar uma palavra no texto poderia, desde logo, provocar esta pergunta: qual a razão da mudança? Não se deve alterar, em suma, um texto de lei, quando não há razão bastante e de fundo que o determine. Não tivemos, pois, a preocupação de mudar, mas antes o cuidado de preservar o válido e eficaz.

Tal atitude colocava delicado problema. Todos sabemos que o Código Civil Brasileiro é um modelo de capacidade expressional. Meu velho professor de Português, que não era bacharel, lembrava-me a necessidade de ler o Código Civil para ver como se escreve com concisão, precisão e sóbria elegância. Houve, então, necessidade de um empenho, digamos assim, por parte dos membros da Comissão, no sentido de mantermos, quanto possível, a mesma altitude lingüística, o mesmo poder expressional. Quando o Anteprojeto for publicado, será fácil perceber o esforço realizado no sentido de uma linguagem elegante e clara, mas liberta de certos preciosismos mais próprios de gramáticos do que de juristas. A língua do Direito não deve temer, por exemplo, a reiteração de termos quando a sinonímia ocultar o risco de falhas de exegese.

Estamos vivendo tempos bem diferentes daqueles em que se discutiu o projeto de Clovis Bevilacqua, que provocou uma extraordinária polêmica em torno de valores verbais. Estou convencido de que nossa época não repetiria o episódio, por estar muito mais atenta ao conteúdo das leis, ao valor existencial dos preceitos normativos, do que ao aspecto parnasiano da forma. É essa preocupação dominante pelo conteúdo, é a funcionalidade dos dispositivos que explica a opção por uma linguagem mais *operacional* do que *conceitual*, bem como por "modelos jurídicos abertos", de amplo repertório significativo, em lugar de "modelos cerrados" insuscetíveis de adaptação ao dinamismo da vida social hodierna.

### A PARTE GERAL DO CÓDIGO

A idéia de se manter a Parte Geral do Código não resultou de uma opção da Comissão, mas dos reclamos da maioria dos juristas brasileiros. Não se diga que essa orientação, que alguns pretendem ligar apenas ao exemplo do Código Alemão de 1900 — com olvido da lição bem anterior de Teixeira de Freitas — seja sinal de apego anacrônico aos propósitos sistemáticos dos pandectistas germânicos. Representa, ao contrário, uma conquista teórico-prática que não deve ser abandonada pelos países que já lograram incorporá-la em seu ordenamento positivo, pois ela, além de evitar inúteis repetições de preceitos, com freqüente risco de interpretações conflitantes, assegura a unidade das disposições, dando a necessária angulação a toda a sistemática, sem entraves aos progressos da doutrina e da jurisprudência.

No que se refere à Parte Geral, norteou-se a Comissão, como nas demais, por alguns objetivos básicos, a saber: a atualização técnico-científica de seus

preceitos, à luz das conquistas da Dogmática Jurídica contemporânea, de base fundamentalmente experimental, e o preenchimento de lacunas apontadas sobretudo nas últimas décadas, com o advento no Brasil da sociedade industrial.

Nosso Código Civil contém, por exemplo, preceitos muito sucintos sobre a vida das associações. É uma das partes mais frágeis da codificação atual. Sentimos que era preciso dar a essa matéria uma disciplina mais chegada às exigências da "Concreção jurídica" que caracteriza nosso tempo. Não abandonamos o princípio que estabelece a distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não convertemos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade.

A todo instante nos deparamos com essa triste realidade, um dos subprodutos da economia de consumo. Indivíduos há que organizam empresas comerciais e, valendo-se das técnicas modernas de propaganda, sob a proteção da personalidade jurídica distinta, realizam vultosas operações, cujos resultados são imediatamente postos em seus nomes individuais: a empresa quebra, mas os sócios se enriquecem à custa dos incautos. Cumpre, pois, pôr um paradeiro nesse estado de coisas, fazendo com que o patrimônio pessoal dos sócios, que agirem dolosamente, respondam pelas dívidas sociais, ainda que a sociedade seja de responsabilidade limitada.

O que já é regra em relação às entidades bancárias e financeiras deve ser estendido às demais pessoas jurídicas, toda vez que se caracterizar o "desvio da personalidade jurídica" de seus fins legítimos, para converter-se em mero instrumento de locupletamento ilícito. Não obstante a pessoa jurídica não seja uma "ficção", mas uma realidade cultural, dotada de existência autônoma, cumpre prever os casos de desvio das finalidades sócio-econômicas que determinaram o reconhecimento dessa autonomia.

É apenas um exemplo a mostrar a preocupação que prevalece no Direito contemporâneo no sentido de conciliar os interesses individuais com os coletivos.

Nessa linha de pensamento, cabe dar realce à disciplina dos chamados "direitos da personalidade". Os projetos anteriores já haviam dado atenção a esta matéria. Pensamos ter fixado, em alguns artigos fundamentais, as regras indispensáveis à tutela dos valores da subjetividade, a começar pelos concernentes ao direito sobre o próprio corpo, para fins de transplante, ou mesmo para pesquisas científicas. O problema da tutela da imagem e da intimidade, bem como do uso do nome da pessoa; são aspectos que a nova Codificação teve em vista reger, pondo o valor da pessoa no fulcro do ordenamento jurídico.

Ainda no que se refere à Parte Geral, limito-me a fazer alusão a alguns pontos básicos, pois a amplitude do tema não me permite dar senão uma amostragem das inovações contidas nos 2.256 artigos do Anteprojecto.

Não poderia deixar de fazer referência especial às disposições relativas aos negócios jurídicos. Já é pacífico entre os juristas contemporâneos que uma



codificação moderna não deve fundar-se no ato jurídico como tal, mas sim no *negócio jurídico*. Mas isto envolve uma série de problemas que, a meu ver, não haviam sido resolvidos plenamente nos Anteprojetos anteriores, onde as duas perspectivas, a do ato jurídico e a do *negócio jurídico*, ainda se justapõem, como, de resto, também se dá no Código italiano de 1942.

A disciplina do *negócio jurídico*, tal como surge na Parte Geral do Anteprojeto, apresenta aspectos técnicos que me parecem corresponder a uma situação de maior maturidade em face de tão delicado tema, inclusive pela repercussão da solução dada no restante do Código, notadamente nos Livros sobre Obrigações e Atividade Negocial.

Ainda no que se refere à Parte Geral merecem referência os preceitos relativos à disciplina das pessoas jurídicas, inclusive as de Direito Público, não só por estas se caracterizarem melhor quando postas em confronto com as de Direito Privado, mas também pela razão de que é no Código Civil que tradicionalmente se fixam os lineamentos essenciais da pessoa, seja esta física ou jurídica. O mesmo se diga quanto à discriminação dos bens, devendo-se notar que se abandona de vez o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais, que tem constituído fonte de enriquecimento ilícito por parte da Fazenda Pública, numa situação de inadmissível privilégio, máxime quando, anos a fio, cobra tributos dos possuidores, para surpreendê-los, mais tarde, com a intocabilidade de seus bens. Não há razão que legitime essa disparidade, máxime num País, cujo interesse maior é o povoamento e a utilização econômico-social do território.

Lembro, por fim, como notas reveladoras do espírito social do Anteprojeto, as disposições que invalidam os negócios jurídicos, além das causas tradicionais (erro, dolo, coação etc.) também quando resultar de estado de perigo ou implicar lesão enorme, com manifesta desproporção entre o negócio concluído e os resultados por ele propiciado.

## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No que se refere ao Direito das Obrigações, a Comissão, desde logo, preferiu uma tomada de posição, no sentido de não se perder na teoria das fontes das obrigações, como o fez o Código italiano. A meu ver, a teoria das fontes é uma teoria exaurida há muito tempo e que está sendo substituída, em grande parte, por uma série de outros valores fundamentais, como a teoria dos modelos jurídicos. Julgamos, desse modo, preferível manter a orientação firmada por Clovis Bevilacqua que começa pela discriminação das modalidades das obrigações, muito embora com naturais aperfeiçoamentos.

Deixando de lado, porém, os aspectos de ordem técnica, que exigiriam o cotejo dos textos, vou preferir apreciar aquelas proposições que melhor traduzem o espírito da codificação projetada.

Começemos pelo artigo fundamental relativo ao contrato. O poder de contratar, conforme a concepção de 1916, era uma expressão direta da autonomia da vontade, posta como princípio-chave de toda a vida civil. Suas bali-

zas ou limites eram, por tal motivo, de natureza estrita, eis que deveriam resultar exclusivamente de texto expresso de lei ou do que estivesse implícito de norma legal: o que prevalecia era a livre estipulação das partes contratantes, quaisquer que fossem as suas conseqüências.

Pois bem, essa orientação pareceu-nos incompatível com a socialização do Direito Contemporâneo, e que melhor seria determinar "humanização do Direito" muito embora não me assuste a palavra "socialização", quando bem entendida, isto é, quando não empregada como sinônimo de "estatização".

O certo é que, logo no início do Livro I da Parte Especial, lê-se no Anteprojeto que "a liberdade de contratar somente pode ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato" e, mais, que "os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". Assim como a propriedade é legítima e fundante, enquanto expressão de um valor social, a mesma coisa se dá com o contrato. Poderá parecer que os artigos ora lembrados representam mero enunciado de natureza ética, incompatível com o caráter cogente das leis positivas. Se eu tivesse uma concepção fiscalista do Direito, estaria, neste momento, repelindo normas dessa natureza. Se o Direito, no meu modo de ver, fosse apenas uma tecitura causal de comandos, unindo e entrelaçando os atos humanos a exemplo das leis físicas, não haveria razão para tais preceitos, mas o Direito é momento essencial da vida humana, uma dimensão existencial do homem. É necessário, então, levar-se em conta as contingências da condição humana, conferindo-se maior poder ao juiz para assegurar o equilíbrio ético-econômico dos contratos, a fim de impedir que a parte mais fraca seja a primeira vítima de seu próprio querer, ou que o decidido pela vontade individual afronte valores sociais impostergáveis.

Em mais de uma oportunidade o Código concede aos contraentes o direito de pedir a resolução do contrato quando manifesta a excessiva onerosidade, ou por causa superveniente que altere a linha de equilíbrio que deve existir entre as prestações recíprocas. Não é, apenas, o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, que se leva em conta, mas algo mais, inerente à natureza mesma do negócio realizado, objetivamente exigível em razão da estrutura das determinadas relações negociais. Tomemos o exemplo do contrato das empreitadas de construção. Não existe, no Código Civil, a meu ver, instituto mais lacunoso do que esse, superado que foi pelo advento de novas técnicas e formas de trabalho. A empreitada de construção, em 1916, era própria de um País de estrutura quase que rural, sem as implicações tecnológicas que hoje se notam até mesmo nas cidades do interior.

Vivemos num mundo em que a construção civil representa um dos fatores mais sensíveis da comunidade, a tal ponto que quando surge uma crise econômica é ela que recebe o impacto mais forte e duradouro. É que para ela convergem infinitas formas de atividades produtivas, envolvendo e exigindo a contribuição de múltiplas categorias sociais, desde o servente de obras ao empreiteiro, do fornecedor de areia ao mais sofisticado decorador. Era, pois, necessário disciplinar com mais cuidado essa esfera da produtividade humana,

protegendo e preservando, sempre em obediência ao já referido princípio de complementariedade, os interesses e direitos do dono da obra, do projetista e do empreiteiro.

Surgem, aliás, no Anteprojeto, bem distintas da do empresário construtor, a figura do projetista ou do calculista, cujo feixe de direitos e responsabilidades tem contornos próprios. No que se refere ao projetista, *mister é reconhecer* que lhe cabe uma posição que implica a da autoria de um projeto, cujos valores criativos estéticos também devem merecer amparo, feitas as devidas ressalvas, para que, por sua vez, o proprietário não sofra dano. Ainda no que toca ao instituto da empreitada, aqui destacado como exemplo, foram fixadas disposições que salvaguardam todos os participantes na construção de prejuízos resultantes, quer de fatos físico-naturais, quer de causas econômicas.

Como se depreende do exposto, o Anteprojeto não rege os atos dos indivíduos abstratamente considerados, mas antes o “indivíduo situado”, em função de suas concretas circunstâncias, tal como é reclamado pelas correntes mais atuais do Direito, concebido como “experiência” e “concreção”. Não interessa ao jurista o indivíduo isolado, como pura abstração, mas sim, repito, o homem situado, o integrado na sua circunstância. O ensinamento de Ortega y Gasset, “Eu sou eu e a minha circunstância”, é válida, também, para o jurista.

Ora, o que acabo de assinalar com relação ao contrato de empreitada, repete-se em todos os outros modelos negociais de que cogita o Código Civil. Assim é que, ao regular o contrato de locação, amplia-se o poder discricionário do juiz no sentido de reduzir ao seu justo valor as multas ou cominações impostas pelo locador, cujos direitos legítimos são também preservados. É o que se nota, por exemplo, no caso de “renovação compulsória de locação”, denominação que me pareceu mais própria para designar os contratos sujeitos à antiga “lei de luvas”, alguns de cujos dispositivos já se acham superados, a exigir tratamento mais preciso e equânime.

Em outros pontos, o Anteprojeto vem preencher lacunas incontestáveis. Lembre-se, entre outras, a hipótese dos “contratos aleatórios”, que o atual Código contempla prevendo apenas o caso de álea relativa a “entrega de coisas futuras”, quando, em nosso tempo, o que prevalece é a assunção de risco, parcial ou integral, em razão de fatos ou atos futuros, o que nasce de um complexo de exigências da vida contemporânea. Alterado o conceito de “contrato aleatório”, em mais de uma oportunidade se procuram preservar os direitos dos contraentes na hipótese de álea anormal, incompatível com “a natureza ou estrutura do negócio”.

Dizia Napoleão que a repetição ou reiteração era a única figura de retórica por ele admitida. Perdoem-me, pois, se insisto tanto em falar em complementariedade ou polaridade como princípio essencial que governa as relações entre o indivíduo e a sociedade, as partes e o todo.

Diria mesmo, àqueles que amam a Filosofia, que, no momento atual, vamos abandonando a dialética hegeliana ou marxista, dos opostos e dos contraditórios, porque até mesmo a Física, a Química e a Matemática convergem

para uma dialética de complementariedade, graças à qual se compõem os opostos em sínteses abertas excluindo-se as contradições e os antagonismos de posições inexoráveis.

No campo do Direito das Obrigações, a exemplo do que já ocorrera no Anteprojecto de 1965, tivemos o cuidado de atender a uma série de institutos que evidentemente não poderiam se conter no Código de 1916. Sobretudo após a 1ª Grande Guerra, a sociedade entrou em acelerado ritmo econômico, em razão do impacto da ciência e da técnica, compondo-se modelos contratuais que até agora têm sido regidos apenas pelos usos e costumes, ou com apoio em normas legais esparsas. É o que se dá, entre outros, com os contratos de transporte, de agência, de distribuição. Não temo afirmar que, nas soluções normativas dadas a essas espécies, se tivemos presentes as contribuições das mais recentes legislações civis, o que mais influenciou em nosso espírito foi a nossa própria experiência, por parecer-nos artificial a feitura de um leque de normas limitando-nos a extrair-lhe os elementos deste ou daquele modelo existente.

Disse que preferimos as normas jurídicas abertas às regras rígidas e fechadas. O mesmo se diga quanto a certas posições teóricas que às vezes são firmadas no errôneo pressuposto de ter-se de optar por uma solução única dentre duas possíveis, quando, não raro, ambas subsistem e se completam, dessa correlação nascendo a verdade plena. Há juristas, com efeito, que, dominados pelo vício de um "reducionismo sistemático", situam os problemas jurídicos em termos de *out-out*, à maneira inexorável de Kierkegaard, na sua tragédia existencial, como se a vida fosse compatível com esta opção extrema: ou é isto, ou não é...

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois, o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. O conceito de estrutura não é privilégio do estruturalismo, que é um dos tantos modismos filosóficos do nosso tempo. O conceito de estrutura, ao contrário, é um conceito sociológico e filosófico, fundamental, como nô-lo mostra a obra de Parsons ou de Merton, e desempenha papel cada vez mais relevante no mundo do Direito, esclarecendo o antigo e renovado conceito de "natureza das coisas", cuja aceitação independe, não é demais advertir-lo, para evitar equívocos correntes, do fato de admitir-se ou não qualquer modalidade de Direito Natural.

Pois bem, quando a "estrutura" ou "natureza" de um negócio jurídico — como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos — implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de

ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores.

Ainda no tocante ao Direito das Obrigações, não posso deixar de fazer alusão à forma como no Livro I foi tratado o problema dos Títulos de Crédito. *Pareceu à Comissão que o Código Civil não deve conter senão as regras gerais sobre todas as modalidades de títulos de crédito, que se multiplicam na sociedade contemporânea, e não apenas os preceitos comuns à letra de câmbio, à nota promissória e ao cheque. É a razão pela qual não se cuida, por exemplo, do "protesto" que é instituto peculiar aos títulos de natureza cambial, não se estendendo aos demais.*

Se, porém, se amplia o âmbito de incidência dos preceitos genéricos, por outro lado se deixa para "leis aditivas" a disciplina de cada título de crédito em particular, inclusive por tratar-se de matéria que cada vez mais se põe no plano da circulação internacional, à luz de tratados e convenções.

#### DA ATIVIDADE NEGOCIAL

Se passarmos à chamada Atividade Negocial, objeto do Livro II da Parte Especial, devo esclarecer, desde logo, que este sistema de normas deflui, como extensão natural, do Direito das Obrigações, vinculando-se, por outro lado, intimamente com os dispositivos da Parte Geral. Na realidade, a Atividade Negocial não é senão uma especificação do Direito Obrigacional, sendo a atividade empresarial a sua parte mais relevante, como projeção, do negócio jurídico, enquanto dotado de organização adequada à consecução de fins econômicos. Neste ponto, há outro aspecto a considerar. Nada aconselha a fazer-se uma lei de Sociedade por Ações isoladamente, como também seria inconveniente uma lei sobre Sociedade de Responsabilidade Limitada em separado, visto como os dois assuntos se acham em estreita correlação: conforme a solução dada à estrutura e aos objetivos da Sociedade por Ações, variará, concomitantemente, a disciplina da Sociedade Limitada.

Tal fato ocorre porque, se dermos às Anônimas a estrutura que efetivamente lhes cabe, muitas pseudo-Companhias atuais deverão naturalmente assumir a forma de sociedade limitada.

Têm havido manifestações contrárias à inclusão das Sociedades Anônimas no sistema do Código Civil, mas é evidente que, se a sua disciplina se continua no Anteprojeto do Código das Obrigações, não há razão lógica para pretender-se a exclusão delas, agora que as Obrigações voltam a ocupar o seu lugar natural...

Antes, porém, de cuidar desta questão, torna-se necessário esclarecer que o Livro II trata da atividade negocial, em geral, e do empresário e das "sociedades empresárias" em particular, superando-se, de vez, o tão contravertido problema do "ato de comércio", sobre cujo conceito os comercialistas jamais chegaram a acordo...

A "sociedade empresária" é o segundo tipo de sociedade de fins econômicos, distinguindo-se da "sociedade civil" por sua estrutura e finalidades. Não é demais observar que, na Parte Geral, reserva-se a qualificação de "associa-

ção" tão-somente às entidades de fins não econômicos, abrangendo as "associações civis" e as "fundações".

Nem todas as sociedades de fins econômicos se incluem, por conseguinte, na categoria de "sociedades empresárias", sujeitas a registro próprio, ainda que se constituam segundo qualquer dos tipos discriminados no Livro II, ressalvada a anônima, que é sempre de caráter empresarial.

Além das que se destinam ao exercício das profissões liberais, não são necessariamente "empresárias", no sentido específico desta palavra, as pessoas físicas ou as sociedades que se destinam a atividades rurais, agrícolas ou pecuárias. É facultado, no entanto, ao agricultor ou ao pecuarista registrar-se como empresário, caso em que passam a exercer os direitos e deveres inerentes às entidades empresárias.

Pareceu à Comissão que seria por demais precipitado, no estágio atual de nossa evolução econômica, estender o "tratamento empresarial" a todas as formas de ocupação rural, e em todo o território nacional. Mais uma vez prevaleceu a opção por modelos abertos, permitindo-se o progressivo ingresso das atividades rurais na órbita do Direito empresarial, que pressupõe estruturas e formas de organização nem sempre próprias de nossa vida rural.

Ora, é essa mesma orientação operacional e programática que preside à elaboração das disposições relativas às Sociedades Anônimas, que não podem, nem devem obedecer a um figurino único, tal como ocorre na lei vigente.

É por não colocarem o problema nesses termos, e por temerem soluções rígidas, que alguns juristas, sem conhecer a orientação firmada pela Comissão, pretendem que as Sociedades por Ações sejam objeto de lei própria. Alega-se, em abono desse ponto de vista, que o Brasil se acha em vertiginoso desenvolvimento, de tal modo que os preceitos do Código estariam sujeitos a breve revisão.

Até hoje não foram dadas razões plausíveis que justifiquem tal exclusão, pois os motivos aduzidos para não se cuidar das Sociedades por Ações no contexto do Código também excluiriam a possibilidade de discipliná-las em leis ordinárias comuns... Trata-se, na realidade, de matéria que, ou deve ser deixada a critério dos organizadores dessas entidades, possibilitando-se várias opções, ou deve ser regulada pelos órgãos governamentais, através de Decretos ou Resoluções, tal como se prevê no Anteprojeto.

Por outro lado, seria absurdo pretender-se um tipo único de Sociedade Anônima, concebido apenas em função das que operam no mercado de capitais... Dever do legislador é, ao contrário, prever distintos modelos, que possam corresponder e atender a situações econômicas diversificadas, desde as, digamos assim, de tipo comum até as que requerem tratamento normativo específico.

Vou dar apenas uns exemplos. Alguns dizem que a sociedade anônima não deve ter mais Conselho Fiscal, mas sim Auditoria. Um terceiro pretende que a Auditoria deve ser facultativa, enquanto outros a pretendem obrigatória.

Ao ouvir discussões dessa natureza, confesso minha perplexidade. Nada legítima tais opções inexoráveis. O que caracteriza um jurista é a visão global de conjunto, a procura da integração das perspectivas, para possibilitar múltiplas formas de conduta, em função das necessidades que a experiência revela.

O legislador deve, sempre que possível, preferir modelos abertos, oferecidos a uma coletividade em mudança. É a razão pela qual no Anteprojeto se mantém a instituição do Conselho Fiscal, mas segundo novos critérios, para assegurar-se, através de mais adequada participação, o direito das minorias. Por outro lado, deixa o Conselho Fiscal de ser mera entidade decorativa, dada a responsabilidade conferida a seus membros.

Além, porém, do Conselho Fiscal, está prevista uma Auditoria, cuja composição ficará a cargo do Banco Central, segundo normas a serem baixadas pelo Conselho Monetário Nacional. A Auditoria poderá ser facultativa ou obrigatória, devendo esta ser periódica, quando tratar de companhias que tenham ações cotadas em bolsa; mas, permanente, para as sociedades de capital aberto, ou quando assim o determinarem os órgãos que superintendem a política econômico-financeira do Brasil.

Por aí se vê como as questões contingentes são deixadas a critério dos órgãos estatais, em função das conveniências e da evolução econômica, sem que sejam disciplinadas de maneira rígida no Código, ou mesmo numa lei ordinária comum. Mais uma vez observo que preferimos adotar a que, na técnica da Teoria Geral do Direito contemporâneo, se denominam "modelos jurídicos abertos", em complemento ao que os norte-americanos denominam "standard", o que permite que o Código não se converta em óbice do processo social.

Por outro lado, não podemos e não devemos passar uma esponja sumária sobre a estrutura atual das sociedades anônimas, para subordiná-las a um único figurino. Imensos seriam os prejuízos resultantes dessa visão unilateral e precipitada de realidade econômica nacional, própria de um país em desenvolvimento, no qual as transformações não podem se realizar "ex abrupto", sob pena de gerar profundos desequilíbrios.

Haveria muito a dizer sobre a matéria do Livro II, mas o tempo não permite alongar-me.

## DIREITO DAS COISAS

No que se refere ao Direito das Coisas, a preocupação pelo social e pelo individual, de forma complementar, também se repete, em vários pontos do Código. Darei exemplo a respeito do usucapião. O problema do usucapião está na ordem do dia. Há até mesmo projeto de lei tendente a dimensioná-lo em prazos exíguos. Levamos em conta esse problema, mas considerando, em primeiro lugar, a vastidão imensa do território brasileiro; em segundo lugar, a inconveniência de se reduzirem os prazos da prescrição aquisitiva de maneira desmedida considerando-se apenas um elemento particular ou acessório, como seria, por exemplo, o simples pagamento do imposto que incide sobre o imóvel, o que poderia ensejar a apropriação de áreas valiosas, pelos mais ricos e menos

escrupulosos. A redução dos prazos de usucapião atende, sem dúvida, a uma exigência social, mas, por isso mesmo os critérios de sua efetivação devem estar ligados a fatores de ordem produtiva. Daí a idéia que tive de inserir no Código o conceito de "posse-trabalho", expressão que empreguei, pela primeira vez, ao analisar o projeto de decreto-lei sobre terras devolutas, do Estado de São Paulo, em 1943, quando membro do seu Conselho Administrativo. "Posse-trabalho" é a posse socialmente qualificada, isto é, a posse que, além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade, consubstancia uma efetiva utilização da coisa para fins sociais, de moradia, educação ou produção econômica. É a construção de uma casa, ainda que modesta, para que nela habite o possuidor com sua família; é uma roça, um serviço de irrigação, uma fábrica, uma escola, uma forma qualquer de "investimento social" que dá nascimento à "posse-trabalho", marcando a passagem da compreensão individualista para a concepção social da propriedade.

Quando, pois, a posse se une ao trabalho, quando é mais do que a simples exteriorização abstrata de um direito, para ser a concretização viva de uma projeção humana, compreende-se e legitima-se a redução do prazo do usucapião a limites mínimos.

O conceito de "posse-trabalho" vem a dar mais amplitude a uma idéia que já consta do art. 171 na Constituição. Partindo do princípio constitucional, procura-se dar solução a um problema, mais comum do que se pensa, em todas as Unidades da Federação. Refiro-me à questão social que se configura quando centenas e até mesmo milhares de pessoas se estabelecem, com boa-fé, numa determinada gleba, nela integrando os valores de seu trabalho e de suas economias, para, depois, quando a terra já se acha fecundada pelo esforço criador dos possuidores, serem estes surpreendidos com uma ação reivindicatória proposta pelos legítimos donos. A situação é extremamente difícil, pois, se de um lado, há o direito de propriedade, que a Constituição assegura, de outro há o fruto do trabalho que a mesma Constituição proclama ser um dever social.

Confesso-vos que, logo no início de minha carreira profissional, vivi intensamente o drama de humildes possuidores expulsos de suas casas, e de seus sítios, por força de uma decisão judicial obtida após quarenta anos de contrastes judiciais. Tenho grande orgulho de ser advogado militante, e se fui levado a concretizar a teoria tridimensional do Direito foi porque senti na carne os problemas do Direito, os problemas do advogado. A causa, a que me refiro, abrangia uma imensa área, na qual haviam surgido várias fazendas, assim como pequenos roçados. Aos mais ricos foi fácil se comporem com os vencedores da demanda, mas aos pobres sitiados, impossibilitados de pagar o preço exigido pelos titulares do domínio, não restou senão restituir a terra, recebendo, quando muito, aviltantes compensações pelas benfeitorias.

Pois bem, o Anteprojeto do Código, em casos dessa natureza, conferê ao juiz o *poder expropriante*. Não é só o Executivo ou o Legislativo que deve ter o poder de decretar a expropriação. Comprovada a existência de uma realidade social como a que acabei de lembrar, o juiz não ordena a restituição da coisa



a seu dono legítimo, mas o sim o pagamento do justo preço do imóvel. Que é que a Constituição assegura ao proprietário? — O pagamento do justo preço. Então, o proprietário recebe o justo preço, segundo o valor atribuído a seu título, mas sem se beneficiar com as benfeitorias criadas pelo trabalho alheio e pelo esforço coletivo. Uma vez pago o justo preço ao proprietário, a sentença valerá como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.

Como se vê, não tivemos receio de armar o juiz de maior poder moderador, para restabelecer o equilíbrio na execução dos contratos ou no normal exercício do direito de propriedade.

A toda hora, estamos ouvindo falar em poluição: poluição da água, do ar, da paisagem, dos valores ecológicos. Pois o Anteprojeto também determina que ninguém poderá usar da propriedade violando esses valores fundamentais de caráter social; mas, ao mesmo tempo que assegura os valores sociais, preserva, de maneira muito clara e muito nítida, os direitos legítimos dos proprietários. O individualismo desapareceu, mas o coletivismo absorvente, maciço e massificador, também deve ser evitado, para que a pessoa humana não se dissolva no anonimato coletivo. Ora, é essa orientação que orienta o Anteprojeto ao disciplinar o uso da propriedade, os direitos de vizinhança, ou ao fixar as normas relativas ao "condomínio edilício", designação que preferi dar ao condomínio horizontal em edifícios de apartamentos, de escritórios etc. Uma disciplina muito mais coerente, lúcida e nítida, a meu ver, do que aquela que consta da lei em vigor, extremamente deficiente. Com o mesmo espírito se disciplina o contrato de "incorporação edilícia", estabelecendo-se, de maneira mais precisa, a responsabilidade do incorporador e do construtor que desse negócio participem.

Não desejo concluir esta parte de minha exposição, sem uma breve referência à modernização do instituto da anticrese, ou ao restabelecimento do antigo direito real de superfície. Em meu livro "O Direito como Experiência", estudo o problema da migração e da ressurreição dos modelos jurídicos: institutos há que passam do Direito Privado para o Público, ou vice-versa; e, enquanto certas figuras jurídicas entram em eclipse, outras readquirem vitalidade ou se expandem para outros campos da vida jurídica. Na elaboração do Anteprojeto, não tivemos receio do novo, nem do antigo, escravo que o legislador não deve ser nem de um, nem do outro. Filoneísmo e misoneísmo são atitudes incompatíveis como a "prudencia juris"...

## DIREITO DE FAMÍLIA

Toda vez que me manifesto sobre o Anteprojeto do Código Civil, noto que há grande preocupação, sobretudo no meio feminino, talvez por ter-se atribuído, afoitamente, à atual Comissão Revisora, o propósito de suprimir os direitos já adquiridos pela mulher casada, restabelecendo o poder marital, etc. etc.

É claro que no Anteprojeto não se encontram disposições tendentes a tornar, de forma oblíqua, a proibição constitucional do divórcio, mas nem por isso se deixou de conceber a instituição familiar de forma atualizada, com base

na igualdade entre os cônjuges, e segundo as superiores finalidades éticas e biológicas, às quais pais e filhos devem se subordinar.

Posta, assim, a questão do instituto da família nos seus devidos termos, vejamos algumas das inovações do Anteprojeto. O Código atual diz que é motivo de anulação do casamento por erro quanto à pessoa do outro cônjuge, o conhecimento posterior de crime de tal natureza que torne impossível a vida conjugal, "desde que não esteja prescrito"

Ora, aos elaboradores do Anteprojeto esta disposição pareceu absurda. Se o delito, por sua natureza, é de tal ordem que torna impossível a vida conjugal, pouco importa que tenha ocorrido ou não a prescrição. O problema da prescrição é matéria de processo penal. Não é assunto que possa ser levado em conta para aquilatar-se do destino moral de um matrimônio, a fim de decidir-se da possibilidade de uma existência comum condigna.

Por outro lado, estabelece o Anteprojeto do Código, ainda no que tange ao erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, que, além do defeito físico, será razão de nulidade o erro relativo à moléstia mental grave, anterior ao casamento e que torne impossível a vida em comum ao cônjuge enganado.

No concernente às causas de anulabilidade de casamento por coação, restabeleceu-se o antigo prazo de 4 anos, julgado mais consentâneo com a natureza do instituto.

No que se refere, propriamente, à estrutura da família, o Anteprojeto põe fim ao patriarcalismo, que erige o marido em chefe incontestado e incontestável da sociedade conjugal. Cabe-lhe a chefia, porque toda sociedade deve ter um órgão que a represente, mas ele a exerce conjuntamente com a mulher e no interesse comum da prole. Daí a faculdade que tem a esposa de dissentir da decisão marital, podendo recorrer ao juiz, desde que se não trate de questão personalíssima. Por outro lado, não caberá apenas ao marido a fixação do domicílio conjugal, nem o exercício do pátrio-poder, pois são questões que compete ao casal resolver de comum acordo. O direito que têm ambos os cônjuges de ausentar-se do domicílio para o exercício de sua profissão, ou atender a interesses particulares, é outro exemplo do superamento da velha figura do "poder marital".

Ainda no que diz respeito à estrutura da vida familiar, foi revista toda a parte relativa ao pátrio-poder. Houve mesmo uma tendência em se mudar o título do capítulo de "pátrio-poder" para "pátrio-dever", mas, na realidade, se trata daquilo que Santi Romano, em sua precisa terminologia, denomina "poder-dever". O essencial, porém, é o conteúdo novo da expressão "pátrio-poder", forma consagrada e que se preservou, mesmo porque não é só de deveres paternos que se entrecruzam as relações filiais... O pátrio-poder não constitui um direito subjetivo, que o pai exerça como uma pretensão a que deva corresponder uma contraprestação do filho. Não é normal que os pais prestem assistência ao filho pensando em contraprestação, nem mesmo em retribuições futuras...

Antes de prosseguir na exposição, cabe aqui uma ponderação de ordem sistemática. Se se analisar o Livro do Código vigente, destinado ao Direito de

Família, salta aos olhos a falta de ordenação lógica, entremeando-se preceitos de natureza pessoal com os de ordem patrimonial. No Anteprojeto, os assuntos são cuidadosamente distintos, daí resultando mais beleza formal e clareza de conceitos.

Pois bem, no Título destinado ao Direito Pessoal de Família várias são as alterações introduzidas tanto por motivos de ordem técnico-jurídica quanto para atender à situação da família no mundo atual, e, de maneira especial, na sociedade brasileira. A título de exemplo, lembro a disposição que equipara ao desquite a separação de fato do casal, pelo prazo contínuo de mais de cinco anos, para o fim específico de reconhecimento do filho havido, após a separação, fora do matrimônio. Essa regra visa atender a situações em que não caberia, ou seria desaconselhável, a propositura de desquite litigioso, recusando-se um dos cônjuges a conceder o desquite amigável, muitas vezes em razão dos laços constituídos fora da sociedade conjugal. Nada justifica, porém, que os filhos, nascidos quando já se operara de fato a separação do casal, não possam ser reconhecidos por seus progenitores. Trata-se, em suma, de uma extensão de preceito já em vigor, sob a influência da mesma "ratio juris".

Ainda no plano do Direito Pessoal de Família, não será demais aludir ao tratamento normativo dado à adoção, claramente distinta em "adoção plena" e "adoção restrita". A primeira incorpora o adotado à família do adotante, equiparando-o ao filho legítimo para todos os efeitos de direito. Para constituí-la exige-se que o adotando, desde idade inferior a dezesseis anos, tenha estado sob os cuidados de quem deseja constituir a adoção. Nada justifica a exigência de prazos rígidos, quando o que deve prevalecer são laços afetivos e a possibilidade de fundar-se, graças à lei, uma estrutura familiar de interesse tanto para os participantes como para a Sociedade. O amor pelo adotado pode surgir a qualquer tempo. Quantas e quantas famílias acolhem uma criatura em seu lar, muito embora sem desejar adotá-la como filho. Depois de 5, 10, 15 anos, e até mais, sobrevém amor ou a consciência do amor. Por que, então, impedir que a adoção se realize, balizando-a com um critério cronológico? Qual a razão de estabelecer sempre normas segundo o que Luigi Bagolini qualifica, ironicamente, de "o tempo do relógio"? O tempo do Direito nem sempre é o do relógio. O tempo do Direito é antes o tempo existencial, das relações humanas e da participação.

Em matéria de regime de bens entendemos que assistia razão ao Anteprojeto de Orlando Gomes, quando propunha, de acordo com a opinião prevalecente no Brasil, fosse adotado, como regime legal, o da separação parcial, com comunhão de aquestos. Temos a impressão de que disciplinamos, de maneira mais plena, esse instituto, procurando discriminar com rigor a situação dos bens comuns e particulares perante ambos os cônjuges.

No que se refere ao Direito Patrimonial de Família, apresentamos mais um modelo, que só poderá ser adotado em virtude de pacto antenupcial. Refiro-me ao "regime de comunhão final de aquestos".

À medida que o Brasil se tornar altamente desenvolvido, teremos a necessidade de atender a fatos como os que freqüentemente ocorrem nos Estados

Unidos da América, na Alemanha, ou no Japão. É o caso, por exemplo, da mulher empresária, que se casa com quem também tenha economia própria. Nesse caso, ou em outros semelhantes, ou se assim o julgarem conveniente os nubentes, não se dá, desde logo, a comunhão de aquestos. O casal vive, na constância do casamento, como se casados fossem no regime de separação, mas, no ato da dissolução da sociedade conjugal, opera-se a comunhão dos bens adquiridos após o matrimônio, processando-se a divisão de conformidade com o estabelecido no Código e adotado no pacto antenupcial. Regime de exceção, sem dúvida, mas não há razão para não prevê-lo, fornecendo-se modelo adequado, capaz de orientar os nubentes cuja situação a ele corresponder. Mais um exemplo da "técnica dos modelos abertos", a que tenho feito referência.

Ainda no campo do Direito Patrimonial desejo fazer duas breves referências. Com relação aos alimentos devidos ao cônjuge ou ao parente carecedor de recursos, entendemos necessário pôr o problema em novos termos. Os Códigos, em regra, ainda se mantêm apegados à idéia de que os alimentos se destinam apenas ao sustento, à subsistência. Entendemos que o direito a alimentos não se coaduna com compreensão tão rígida, como, aliás, tem sido reconhecido por nossa jurisprudência. Já dissemos que é essencial libertar-nos da idéia de um "homem abstrato", para vermos o "homem situado", em função de suas circunstâncias. Não há, assim, razão para um pai receber o estritamente necessário à sua subsistência, quando se trata de filho abonado, em condições de assegurar ao progenitor um teor de vida compatível com o seu "status social". A questão deve ser deixada ao prudente critério do juiz.

O segundo exemplo que me parece conveniente evocar, é o relativo a bem de família.

Em minha já longa experiência de advogado, só me lembro de três casos de bem de família. Estou convencido de que esse instituto, tal como se acha disciplinado no Código, não tem nenhuma razão de ser. Podemos, porém, adaptá-lo às condições da vida atual, segundo uma solução, talvez brasileira, onde há um pouco do *trust*, no sentido genérico americano. Assegura-se, com efeito, no Anteprojeto, aos pais, a parentes, e até mesmo a estranhos, com prévio consentimento dos beneficiados, a faculdade de constituir um bem de família, o qual não é formado apenas por um imóvel residencial, urbano ou rural, mas também por certa quantia em dinheiro, investida em títulos da dívida pública, cuja renda se destinará ao sustento familiar. Prevê-se também a hipótese de se confiar a instituições financeiras esse encargo, com plena garantia do capital reservado. Não se pense, porém, que, com isto, serão beneficiadas as famílias mais abastadas. Ao contrário. Os mais ricos dispõem de mil modos para assegurar a estabilidade econômica da família. O Anteprojeto visa antes às famílias mais modestas, pois os bens, vinculados a destinação familiar, não poderão exceder a 600 salários-mínimos para o imóvel, e outro tanto para o capital de sustento. Trata-se, pois, de um instituto que deve perder o seu característico estático, próprio de uma sociedade fundiária, para dinamizar-se através do emprego dos organismos financeiros autoriza-

dos por lei. Sem esta renovação o "bem de família" representa, às vezes um entrave, podendo até mesmo ser nocivo aos beneficiários.

### DIREITO DAS SUCESSÕES

Vejo que já vai bem longa esta minha conferência, apesar de ter procura do ater-me a alguns pontos essenciais de nosso trabalho.

No concernente ao Direito das Sucessões, além do reordenamento da matéria, segundo mais rigorosos princípios sistemáticos, procurou-se superar uma série de dificuldades criadas pela legislação vigente, prevendo-se, por exemplo, a deixa a pessoa física ainda não concebida, ou a pessoa jurídica a constituir-se.

No que toca à ordem da vocação hereditária, grandes são as inovações do Anteprojeto, sobretudo no tocante à posição do cônjuge superstite, que passa a concorrer com ascendentes e descendentes, como herdeiro necessário.

É essa uma consequência lógica da adoção do regime legal de separação parcial, com comunhão de aquestos. Como se vê, as modificações operadas no Direito Patrimonial de Família são devidamente tidas em conta no plano sucessório.

Abstração, porém, dessa correlação, reconhece-se sempre a concorrência do cônjuge, ainda que o regime seja de separação de bens. Com isso, atendemos, de maneira especial, à real situação da mulher no seio da família, em regra, a mais prejudicada pelas leis ora em vigor. Vou dar um exemplo. Há não muito tempo, casou-se, em São Paulo, uma senhorita muito rica, de imensa fortuna, com uma pessoa que tinha certa posição social, mas era desprovida de recursos. Poucos anos depois, sobreveio a repentina morte do marido. Não tendo o casal descendentes, que é que se deu? Metade da fortuna, toda ela da esposa, foi destinada aos pais do falecido, só cabendo à mulher a meação. É a tais absurdos que visamos a superar.

Não posso entrar em detalhes, bastando dizer que, no sistema do Anteprojeto, o cônjuge superstite só não concorre com os descendentes, se o regime for o da comunhão universal. Caso contrário, concorrerá, por cabeça, assegurada a sua participação mínima a 1/4 da herança.

Com os ascendentes, concorre o cônjuge superstite, qualquer que seja o regime de bens, cabendo-lhe 1/3 da herança se ambos os pais do "de cujus" forem vivos, ou a metade se o for apenas um, assim como se concorrer com avós.

Em harmonia ainda com o novo Direito de Família, há disposições relativas à participação do filho adotivo, ou à herança por ele deixada. Regula-se também a sucessão no caso de adoção restrita. Ponto do mais alto significado é a nova situação atribuída ao filho ilegítimo, a quem se conferem 2/3 do que é conferido ao legítimo.

Novo tratamento é dado ao Direito de testar, que perde o seu caráter absoluto, notadamente no que se refere ao poder de clausular a legítima. O

Código de 1916, fiel ao individualismo que o fundava, abandonou a tradição do Direito pátrio, que sempre exigiu "justa causa" para se privar o herdeiro necessário da livre disposição da legítima. É o que se restabelece na nova Lei Civil, onde, aliás, as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade deixaram de ser um instrumento perene de irresponsabilidade, favorecendo abusos de toda sorte. As cláusulas absolutas, bloqueando a circulação dos bens imóveis durante toda uma geração, tornaram dispensável a instituição do bem de família, e, por outro lado, deram lugar a conhecidos expedientes para a supressão oblíqua do vínculo.

Estes, em linhas gerais, pois o tempo já vai muito longo, alguns pontos que lembro, apenas a título de exemplo, para mostrar qual a preocupação que tivemos, os elaboradores do Código, ao elaborarmos o Anteprojeto. Não tivemos apenas a preocupação de mudar, mas também a vaidade da conservação. Penso que nossos esforços serão bem compreendidos pela comunidade brasileira.

O Anteprojeto será publicado dentro de poucos dias, segundo determinação do Sr. Ministro da Justiça, para conhecimento geral dos juizes e dos professores, dos empresários e do agricultor, dos pais e dos filhos, dos homens de todas as situações sociais, como esses que já se manifestaram por antecipação, trazendo-nos suas sugestões, manifestando seus desenganos e suas esperanças. Em seguida, voltará o Anteprojeto à Comissão para a proposição final e seu encaminhamento ao Congresso Nacional.

O Congresso Nacional é que dará a última palavra sobre essa Lei que diz respeito a nós todos, como constituição que é do homem comum.

Tenho certeza de que não fizemos obra perfeita, nem tivemos a preocupação de fazê-lo; o que tivemos em vista foi, acima de tudo, estabelecer uma lei que brotasse da nossa própria experiência.

Não elaboramos um Código, enfileirando sobre a mesa os Códigos estrangeiros, para a escolha do melhor dispositivo. Nós achamos que as estruturas verdadeiras são aquelas que brotam *ab imis fundamentis*, segundo o desenvolvimento inerente à natureza de nossas realidades e circunstâncias.

É a grande lição de Roma: o Direito desenvolve-se *factibus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*, isto é, à medida que a necessidade vai exigindo e os fatos vão ditando. É por isso que tivemos sempre presentes as lições de nossos juizes, como as da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, muitas vezes, abre clareiras no Direito nacional, bem como o magistério de nossos grandes tratadistas, pois nós brasileiros podemos nos orgulhar, em matéria de Direito não somos subdesenvolvidos. Em matéria de Direito talvez tenhamos a mais alta tradição jurídica das Américas. Uso propositadamente o plural. Temos uma tradição jurídica que ostenta mestres do porte de Pimenta Bueno e Teixeira de Freitas, Clovis Bevilacqua e Eduardo Espínola, Lacerda de Almeida, Waldemar Ferreira, Pontes de Miranda e tantos, tantos outros.

Temos uma imensa e extraordinária tradição, e ela é, acima de tudo, uma tradição de solidariedade humana, de amor, no sentido mais profundo desta palavra.